

Además, aun en las relaciones entre los asociados, no se exige escritura sino conforme al derecho comun en materia civil; sin que sea necesario producir una acta social, y bastando un principio de prueba por escrito para autorizar la prueba por medio de testigos (sent. den. de 17 de Febrero de 1858).

186. Los principios que acabamos de consignar, en cuanto á las sociedades civiles y mercantiles, cuya existencia no se justifica por escrito en debida forma, tienen aplicacion en las sociedades tácitas (*taisibles*), formadas por un acto de cohabitacion entre personas que viven á mesa comun, confundiendo de esta suerte su haber lo mismo que sus beneficios. Estas sociedades, muy en uso en la Edad Media y que sirvieron poderosamente, ya á la manumision de los siervos, ya á los progresos de la agricultura, recibieron el primer ataque, cuando se promulgó la ordenanza de Moulins, que por el mero hecho de exigir la prueba en toda clase de convenciones de alguna importancia, escluia estas sociedades tácitas. Hânse conservado, no obstante, en ciertas provincias, cuyas costumbres las autorizan espresamente, y aun bajo el imperio de costumbres mudas han sido admitidas, al menos entre los campesinos, por graves autores, especialmente por Lebrun (*Tratado de las sociedades tácitas*, á continuacion de su *Tratado de las sociedades*). Por último, los redactores del Código manifestaron formalmente la intencion de no admitir ya las sociedades tácitas, contra las cuales se dirige especialmente la disposicion del art. 1834 (V. la esposicion de motivos del título de las sociedades y el discurso del orador del Tribunalado). No es, pues, posible que semejantes sociedades puedan producir efecto para el porvenir; en cuanto llega á cesar el acuerdo unánime que las sostiene. Así, la audiencia de Besançon, despues de haber declarado tener efecto una sociedad de esta clase, por sentencia de 28 de Diciembre de 1842, volvió á atenerse al derecho comun por otra de 23 de Abril de

1845. Mas en cuanto á lo pasado, debe tener lugar lo regulado sobre las convenciones tácitas de las partes, y á este efecto se admite la prueba testimonial, puesto que las asociaciones de esta importancia, tales como las que se usan aun en el dia, especialmente en el Franco Condado, toleran una especie de posesion, la cual puede probarse, repetimos, sin dar lugar al peligro de que se sobornen los testigos.

Por derecho español, el contrato de arrendamiento queda perfeccionado desde que los contrayentes se convienen en el objeto del arriendo y su precio, siendo obligatorio para ambos; sin embargo, si pactaron que se hubiere de consignar por escrito, será necesario cumplir este pacto para que el contrato quede perfecto (V. la ley 2, tít. 8, Part. 5). Así se ha ratificado tambien por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 24 de Noviembre de 1859, haciendo comun esta doctrina á los demás contratos consensuales. En consecuencia de esta doctrina, es admisible por derecho español la prueba de testigos para acreditar, tanto el hecho de haberse contraido el contrato de arriendo como el de haberse ó no pactado que habia de otorgarse escritura pública. Así lo ratifica el hecho de haberse admitido la prueba testifical para justificar dichos extremos en el caso que dió lugar á la sentencia mencionada de 1859.

El proyecto del Código civil de 1851, exigia que estos contratos se estendieran en escritura pública (V. el art. 1003, núm. 4. V. tambien la adiccion al número 152 de esta obra.

Respecto de las transacciones, considerándose como una enajenacion de bienes, rigen respecto de este contrato las mismas reglas y escepciones que en cuanto á los consensuales y que á los de compra venta. Véase la adiccion inserta á continuacion del núm. 152.

El proyecto del Código civil de 1851, requería que se redactase escritura pública para las transacciones sobre cuantía de cien ó mas duros, siempre que recayeran sobre bienes inmuebles (V. el art. 1003, núm. 10).

En cuanto á las particiones de bienes hereditarios, si se practican estraajudicialmente, suelen consignarse por escrito por la complicacion de sus operaciones, y hay necesidad de reducirlas á escritura cuando

los bienes que afectan son inmuebles, y si se efectuan judicialmente, se sigue un juicio, debiendo someterse las particiones á la aprobacion del juez, segun prescribe el art. 491 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La misma ley previene que las reclamaciones y oposiciones que se hicieren contra el inventario de los bienes hereditarios, su avalúo, y contra las mismas particiones se sustancien por la vía del juicio ordinario (V. los arts. 437, 468, 490 y 491. El art. 1004, núm. 2 del proyecto del Código civil de 1851, requería que se redactasen en escritura pública, las particiones de herencias cuyo importe escediese de 500 duros ó en las cuales hubiera bienes inmuebles, aunque fuese por suma inferior á dicha cantidad.

Acerca de las sociedades constituidas por derecho civil, á que hace referencia M. Bonnier en el núm. 185, siendo este contrato consensual, rigen sobre él las reglas y sentencia del Tribunal Supremo arriba espuestos al tratar del contrato de arriendo. En el proyecto del Código civil de 1851, se previene art. 1003, núm. 3º, que el contrato de sociedad se redacte en escritura pública cuando ésta sea universal, y cuando sea particular, si es de valor de cien ó mas duros, ó algunos de los bienes aportados son inmuebles. Esto mismo regirá para la prorogacion de dicha sociedad, cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado.

Sobre los contratos mercantiles á que se refiere M. Bonnier en el núm. 182, á saber, el de seguros y el de préstamo á la gruesa, dispone nuestro Código de Comercio de 1829, que "el contrato de seguro ha de constar en escritura pública ó privada para que sea eficaz en juicio." Mas como dice un acreditado escritor, esto no impide que el que ha estipulado el seguro pueda demandar al que se niega al otorgamiento de la escritura, no por la accion nacida del contrato de seguro, sino por la general que proviene de la estipulacion. Las formas diferentes de su celebracion y los efectos respectivos de cada una son las mismas que con respecto al contrato á la gruesa se prescriben en el art. 812, (V. el artículo 840).

En dicho art. 812 se dispone, que los contratos á la gruesa pueden celebrarse: por instrumento público con las solemnidades de derecho; por póliza firmada por las partes con intervencion del corredor y por documento privado entre los contrayentes. Los contratos á la gruesa que consten por instrumento público traen aparejada ejecucion. El mismo efecto producirán

cuando habiéndose celebrado con intervencion del corredor se compruebe la póliza del demandante por el registro del corredor que intervino en el contrato, siempre que éste se encuentre con todas las formalidades que previene el art. 95. Celebrándose privadamente entre los contratantes, no será ejecutivo el contrato, sin que conste de la autenticidad de las firmas por reconocimiento judicial de los mismos que las pusieron, ó en otra forma suficiente. Los préstamos á la gruesa contraídos de palabra son insuficientes en juicio, y no se admitirá en su razon demanda ni prueba alguna.

Respecto á las sociedades comerciales, segun el art. 284 del Código de Comercio, todo contrato de sociedad se ha de reducir á escritura pública otorgada con las solemnidades de derecho; y el art. 285 previene, que si los que hubieren proyectado reunirse en sociedad consignaren sus pactos en un documento privado, valdrá éste al efecto de obligarlos á la formalizacion del contrato en la forma sobredicha, que se habrá de verificar indispensablemente antes que la sociedad dé principio á las operaciones de comercio. La contravencion de este artículo será suficiente escepcion contra toda accion que intente la sociedad por sus derechos, ó bien cualquiera de sus sócios por los que respectivamente le competan, y será de cargo de la sociedad ó del sócio demandante acreditar que la sociedad se constituyó con las solemnidades que van prescritas, siempre que el demandado lo exija. La compañía además incurrirá por dicha omision en la multa de mil reales vellon. El art. 289 dispone, que cualquiera reforma ó ampliacion que se haga sobre el contrato de sociedad, deberá formalizarse con las mismas formalidades prescritas para celebrarlo.

Acerca de la publicacion de las sociedades mercantiles que menciona M. Bonnier en el núm. 184, los arts. 25 al 31 de nuestro Código disponen, que los comerciantes estén obligados á presentar en el registro público y general de comercio de su provincia las escrituras en que se contrae sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto y denominacion, estableciendo la forma en que han de tomarse razon en el registro, y sus efectos; y conteniéndose respecto de éstos en el art. 28 una disposicion análoga á la del art. 42 del Código de Comercio francés espuesto por M. Bonnier en el núm. 185, puesto que en él se previene que las escrituras de sociedad de que no se tome razon en el registro de comercio, no producirán accion entre los otor-

gantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos, sin que por esto dejen de ser eficaces en favor de los terceros interesados que hayan contratado con la sociedad.

La disposición del art. 284 de nuestro Código de Comercio sobre que se reduzca á escritura pública todo contrato de sociedad, se haya ratificada en la ley de 28 de Enero de 1848 respecto de las sociedades mercantiles por acciones, puesto que en su art. 6º se previene, que á la solicitud en que se pida la real autorizacion necesaria para la formacion de toda compañía que no se halle comprendida en el art. 2º de dicha ley, (que requiere una ley para la formacion de toda sociedad que tenga alguno de los objetos que en el mismo se enumeran), ha de acompañarse, entre otros documentos, la escritura social y todos los estatutos y reglamentos que hayan de regir para la administracion de la compañía. Respecto á las sociedades de derecho civil, véase lo que hemos expuesto mas arriba.

Acerca de las sociedades tácitas á que se refiere M. Bonnier en su art. 186, no se hayan introducidas por el derecho ni por la costumbre de España.—N. de C.)

SEGUNDA DIVISION.

RESTRICCIONES ESPECIALES RESPECTO DE CUESTIONES DE ESTADO.

SUMARIO.

187. Motivos especiales de exclusion en esta materia.
188. Exclusion en Roma, aunque solo respecto de los ingenuos.

189. Sustinucion progresiva en Francia de la prueba por registros á la prueba por testigos.—Institucion reciente en Inglaterra de un estado civil.

190. Division.

187. Ya hemos dicho, que además de la exclusion de la prueba testimonial en materia convencional, que se remonta hasta la ordenanza de Moulins, hay en el derecho francés respecto de las cuestiones de estado, exclusiones fundadas en motivos algo diferentes, y cuya naturaleza y extension están lejos de ser las mismas. Estas exclusiones no son corolarios de la que pronuncia la ordenanza de Moulins, sino que provienen generalmente de disposicio-

nes posteriores, algunas hasta del Código Napoleon tan solo.

188. Aunque en Roma se prescribió el llevar registros en forma, al menos para los nacimientos, desde el reinado de Marco Aurelio, *ut si quando de statu questio esset, inde probationes peterentur, quis, á quo editus esset* (*Julius Capitolinus*, vida de Marco Aurelio, § 9), se admitió siempre la libertad indefinida de la prueba testimonial respecto de las cuestiones de estado: "Si vicinus vel aliis scientibus," dice el emperador Probo (l. 9, Cód. de nuptiis) uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti, et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae, neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii, aut susceptae filia, suam habet potestatem." Las actas de que habla este testo, *tabulae*, llamadas algunas veces *professiones parentum* (Celso, l. 13, Terentius Clemens, l. 16, Scvola, l. 29, § 1, D. de probat.), no eran otra cosa que registros domésticos (1). No se derogó esta gran latitud sino tocante á la ingenuidad, á la cual daban los romanos una gran importancia (V. en el Digesto el título de *collusione detegenda*); lo mismo que hoy, en América, aun en los Estados que no admiten la esclavitud, hay una preocupacion arraigada en las costumbres contra los *hombres de color*. La prueba oral no podía bastar para probar el estado de ingenuo. "Si tibi controversia ingenuitatis fiat" dice Alejandro Severo (l. 2, Cód. de testib.), "defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potest. Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt" (2).

189. En nuestro derecho moderno, cuando se han establecido reglas fijas para probar el estado de las personas, se ha descar-

1. Véase M. Derome, *prueba del estado civil entre los romanos* [Rev. de Legisl. nuev. ser., tomo III, página 261].

2. Los registros instruidos por Marco Aurelio, se referian especialmente á las cuestiones de libertad ó de ingenuidad, *ut si forte aliquis*, dice Elio Capitolino [loc. cit.] *causam liberalem diceret, testationes inde fierent*. Los registros del censo han debido tambien emplearse con este objeto, puesto que se manumitia por censo. Pero se sabe que llegó á no haber registros sino en largos intervalos, habiendo caido enteramente en desuso despues de Decio.

tado la prueba testimonial, no bruscamente, como hizo la ordenanza de Moulins respecto de las convenciones, sino sucesiva, parcialmente, y con numerosas distinciones, segun la naturaleza de los casos. El uso de probar por escrito los nacimientos, matrimonios y defunciones (1) se ha tomado de las prescripciones de la Iglesia católica, establecidas para consignar la administracion de los sacramentos, y adoptadas despues á las necesidades de la sociedad civil. Hállanse vestigios de este uso en San Gregorio Niceno y en San Agustin. En el siglo XVI, cuando ya se habian esforzado muchos símbolos en regularizar el modo de llevarse los registros por los curas párrocos, la autoridad civil se apropió en cierto modo la institucion canónica, para hacer prevalecer la prueba escrita sobre la prueba testimonial. Las ordenanzas de Villers-Cotterets (art. 50 y sigs.) en 1837, y de Blois (art. 181), en 1579, prescribieron que se mencionara la hora del nacimiento, así como la de la defuncion, y mandaron á los curas que depositaran un registro en los juzgados de las bailías y senescalías. Pero se observó muy mal estas ordenanzas, así es que no se habia mencionado la fecha del nacimiento en los registros conservados en París sino desde 1668, y el depósito de las actas en los juzgados reales, aunque mandado por la Ordenanza de 1667, no se organizó definitivamente sino por la de 19 de Abril de 1796. En cuanto á los protestantes, puestos fuera del derecho comun por la revocacion del edicto de Nantes de 1685, solo se permitió por un edicto de Noviembre de 1787, consignar en forma su estado civil. Finalmente, la ley de 20 de Noviembre de 1792, estableció un modo uniforme de estender las actas por una autoridad puramente civil, para la prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones. El Código Napoleon no ha hecho mas que reproducir esta ley con algunas modificaciones.

1. Conviene consultar el curioso trabajo de M. Loir sobre el estado religioso y civil de los católicos en Francia antes de 1792 [Revista de derecho francés y extranjero, tomo VI, página 701].

La consignacion ó prueba de los nacimientos, matrimonios y defunciones por medio de registros, independientemente de toda opinion religiosa, propende á prevalecer actualmente entre las naciones mas adelantadas. Así, hasta nuestros dias, no habia en Inglaterra mas que registros parroquiales, instituidos en 1538 por lor Cromwell en tiempo de Enrique VIII. Hoy se ha establecido por varios estatutos (6 y 7 Guill. IV, cap. 84—86, l. Vict., cap. 22) que lleve registros el escribano del distrito donde todo interesado, cualquiera que sea su creencia religiosa, puede hacer consignar los actos de la vida civil.

190. Para evitar toda confusion, en esta materia, conviene tratar á parte, desde luego, del nacimiento y de la defuncion, que son simples hechos, y despues, del matrimonio y de la filiacion, que constituyen relaciones sociales. Compréndese que la ley ha debido ser mas suave respecto de la primer clase de hechos que de la segunda, que se refiere á las cuestiones de estado propiamente dichas. Ya verémos despues que, aun respecto de estas últimas cuestiones, se apoya la prueba en principios enteramente distintos, segun que se trata de matrimonio ó de filiacion.

Nuestras antiguas leyes españolas guardan silencio sobre los registros del estado civil, esto es, como lo entiende el derecho francés, sobre los libros ó matrículas que deben llevarse por funcionarios ó autoridades civiles, generalmente del orden administrativo, para hacer constar los nacimientos, matrimonios y defunciones que ocurran en cada poblacion.

En España, como en la mayor parte de los países, y en la misma Francia, segun hace notar Mr. Bonnier en el núm. 188, se confiaron de muy antiguo á los eclesiásticos estos registros; pues como dice un célebre orador, "nada tan natural como que los mismos hombres cuyas oraciones y bendiciones se pedian en las épocas del nacimiento, matrimonio y defuncion atestiguaran sus fechas y estendieran las respectivas partidas; la sociedad prestó su confianza á la que les habia concedido ya la piedad cristiana; y es necesario confesar que